

DOGMÁTICA JURÍDICA Y TEORÍA MORAL

Rolando Tamayo y Salmorán*

A Carlos Alchourrón
In memoriam

I. INTRODUCCIÓN

1. Preliminaria

Es un rasgo distintivo de cualquier estudio jurídico comenzar con la determinación de su objeto¹. Esto no es extraño, cualquier empeño científico o filosófico comienza con el problema de la delimitación de su objeto. Así, la filosofía moral, reflexiona sobre la naturaleza y límites de la moralidad; la teoría del conocimiento sobre la forma y naturaleza del conocimiento, etcétera. Los estudios jurídicos, como síndrome endémico, son precedidos por largos prolegómenos sobre la «naturaleza» del derecho y la delimitación de los confines de lo jurídico.

Dentro de estos «prolegómenos» se encuentra inserto el problema de la distinción entre derecho y moral. Pareciera que, para los juristas, este tema agota el problema de la «naturaleza» del derecho. La «naturaleza» del derecho se penetra comparando derecho y moral².

Es un hábito muy arraigado entre los juristas que cuando introducen una definición del derecho, aborden, *eo ipso*, el tema derecho y moral. Es habitual que los libros de derecho presenten este tema como ingrediente indispensable para entender la «naturaleza» del derecho. Esta «naturaleza», piensan, se

* Facultad de Derecho, UNAM.

¹ H. L. A. Hart repetidamente ha comentado sobre este rasgo de la filosofía jurídica. (Cfr.: *Definition and Theory in Jurisprudence Inaugural lecture*, Oxford, Oxford University Press, 1953. (Reimpreso en Hart, H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 21-48). Existe versión española de Genaro R. Carrió: «Definición y teoría de la ciencia jurídica», en Hart, H. L. A. *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1962, pp. 93-138) y *The Concept of Law* (Oxford, Oxford University Press, 1961). Existe versión española de Genaro R. Carrió: *El concepto del derecho*, Buenos Aires, 1962 (esta versión fue reimpresa en México: *El concepto del derecho*, México, Editora Nacional, 1978). cap. 1.

² Este síndrome evidencia que cualquier argumento jurídico dependería de la «respuesta» dada a este punto de partida. Podría pensarse que el desacuerdo entre iusfilósofos se debe, *inter alia*, a diferencias en la percepción de los problemas que abarca esta cuestión. Esta situación no es tan grave como podría parecer; la persistencia de los temas garantiza una notable coincidencia. Ciertamente, existen estrabismos, lamentablemente parasíticos, como las posturas religiosas o las ideologías.

manifiesta fácilmente si contraponen «derecho» y «moral» (cualquier cosa que estas expresiones puedan significar). Derecho es algo que no es la moral; que no reúne las características de la moral; o bien, es algo esencialmente moral.

Aunque el tema derecho y moral, es un capítulo firmemente arraigado en estos «prolegómenos» (en ocasiones el único), con frecuencia la comparación entre derecho y moral es pobre: se repiten lugares comunes; las posturas dogmáticas nunca se explicitan. Así, el problema se soslaya o se esquiva. Por lo demás, la comparación suele ser asimétrica: por regla general los juristas, no siendo expertos en ética, tienen ideas imprecisas sobre qué es y cómo funciona la moral. Uno de los problemas más graves es que bajo esta pretendida comparación los juristas encubren otra cuestión: el problema de la moralidad del derecho. Ahora bien, estos planteamientos encubiertos hay que explicitarlos.

Como si esto no fuera suficiente, el problema se complica aún más porque la dogmática jurídica pretende tener respuestas (moralmente) «correctas» para los «casos difíciles»³ (y no difíciles). Este es el tema central de este ensayo.

No es mi intención proponer una teoría ética, ni predicar una moral específica. El propósito austero de este ensayo se limita a explicar qué problemas abordan los juristas cuando discuten este tema.

2. Diferencia entre dogmática y teoría jurídicas

Los numerosos sincretismos que pueblan esta cuestión se deben, en parte, al hecho de que los juristas hacen, simultáneamente, dogmática jurídica y teoría del derecho, de forma manifiestamente inconsistente. Una forma de aclarar el problema de la comparación entre derecho y moral consiste en distinguir entre dogmática jurídica y teoría del derecho, así como la forma diferente en que estas disciplinas abordan esta cuestión.

La jurisprudencia dogmática es, como su paradigma romano, un *ars iudicanti*⁴. La jurisprudencia proporciona los códigos para decifrar el lenguaje en que el derecho se formula, los criterios que permiten determinar sus efectos y consecuencias. Como *ars iudicanti*, la jurisprudencia dogmática es una disciplina que se ubica en el ámbito de la reflexión práctica. Sus definiciones y principios permiten determinar *qué hacer* (jurídicamente)⁵; la jurisprudencia da respuestas deónticas; constituye el arsenal de reglas para determinar qué conducta es obligada, prohibida o permitida. La dogmática informa sobre

³ En el sentido de Ronald Dworkin. (*Vid.: Taking Right Seriously*, Londres, Duckworth & Co. Ltd. 1978. Existe versión española de Marta Guastavino: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984. [*Vid.:* Cap. IV]).

⁴ Para una descripción más detallada de este paradigma, véase mis libros *Elementos para una teoría general del derecho* (México, Editorial Themis, (1992) 1996, pp. 247-304 y 317-329) y *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, (México UNAM, 1989, pp. 59-100).

⁵ Sus reglas de construcción de inferencias y sus reglas de interpretación permiten determinar el sentido de las diversas disposiciones jurídicas.

el contenido del derecho positivo. Ulpiano, Planiol, Eneccerus, informan sobre el derecho positivo romano, francés, alemán.

La teoría del derecho, por lo contrario, no es un *ars iudicanti*; no es una disciplina que se ubique en el ámbito de la reflexión práctica; no responde a la pregunta ¿qué hacer? La teoría del derecho no es la semántica que guía la lectura del derecho; más bien se ocupa por determinar qué es el objeto llamado derecho. Para ello propone un criterio de identidad (¿qué cosa es el derecho?, ¿de qué entidades se compone?). Asimismo, determina cuándo surge el derecho, cuándo y cómo deja de existir; da cuenta de su funcionamiento y de su estructura. Kelsen, Ross, Hart, son ejemplos de teorías exitosas que dan cuenta de qué cosa es el derecho.

No resulta difícil pensar en que el problema de la distinción entre derecho y moral se plantea de forma diferente según lo aborde la dogmática jurídica o la teoría del derecho.

Probablemente, el autor que primero distinguió estas disciplinas fue Jeremías Bentham.

3. *Un primer deslinde*

Voy a señalar tres criterios de comparación entre derecho y moral, que deben ser metódicamente separados. El primero se da, fundamentalmente, en el marco de la teoría del derecho:

C1: Como sistemas normativos. ¿Son derecho y moral sistemas normativos diferentes? Las preguntas relevantes serían ¿Cómo son cada uno y qué relación, si la hay, existe entre ellos?

Los otros dos criterios se presentan dentro del marco de la dogmática jurídica.

C2: Como el problema de la moralidad del derecho. ¿De qué manera podemos hacer predicados morales sobre el derecho?⁶

C3: La dogmática jurídica constituye un instrumento que nos permite obtener respuestas «correctas». ¿Las reglas que guían la interpretación jurídica o la construcción de inferencias proporcionan justificaciones a las resoluciones jurídicas?⁷.

En relación con estos tres puntos voy a defender tres diferentes tesis.

T1: Derecho y moral son dos sistemas normativos diferentes; absolutamente inconmensurables entre sí.

⁶ Pero en vez de plantearse cómo emitir predicados morales sobre el derecho muchos juristas erróneamente se preguntan, cometiendo un claro sincretismo metódico, si una norma es norma jurídica porque es moralmente obligatoria o si una norma puede no ser jurídicamente obligatoria en virtud de que es moralmente inaceptable.

⁷ Este tercer criterio intencionalmente lo formula de la manera más vaga y amplia posible.

T2: No existe obstáculo alguno para hacer predicados morales sobre el derecho.

T3: La dogmática jurídica es, *inter alia*, una teoría moral o funciona como una teoría moral⁸.

La tercera de las tesis es la que más me interesa defender aquí. Buena parte de la confusión que existe para esclarecer la relación entre derecho y moral como sistemas normativos diferentes proviene, *inter alia*, de la carencia de una adecuada descripción de la función de justificación que realiza la dogmática, al lado de sus funciones de «interpretación» y «construcción de consecuencias»⁹.

Probablemente lo que tengo que decir sobre esta tesis es realmente poco. Sin embargo, estos argumentos presuponen el esclarecimiento previo de otras cuestiones.

3. La tijera de Bentham

La oscuridad del planteamiento tradicional confunde los diferentes enfoques arriba señalados. No voy a hacer un inventario detallado de las diferentes posturas ante el problema, en vez de este atávico procedimiento, explicaré la primera tesis (T1: Derecho y moral son dos sistemas inconmensurables), provisto de la «tijera de Bentham»: sosteniendo que *se puede perfectamente identificar qué cosa es el derecho sin recurrir a argumentos morales*.

Los juristas de tradición positivista¹⁰ consideran que la existencia y contenido del derecho es una cuestión de hechos sociales, cuya conexión con valores morales o de cualquier otro tipo es meramente contingente¹¹.

Corresponde al genio de Jeremías Bentham el mérito de haber sido el primer teórico del derecho que con contundente claridad sostuvo esta tesis¹². De ahí la alusión a la «tijera de Bentham»¹³.

⁸ La dogmática jurídica contiene, *inter alia*, las reglas de formación del discurso jurídico racional, y como tal, constituye una teoría de la justificación jurídica.

⁹ Sobre estos temas véase el capítulo XXII. La lectura jurídica y la construcción de inferencias en derecho (La interpretación doctrinal) en mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho* México, Thémis, 1992, pp. 385-395.

¹⁰ No sólo los juristas de tradición positivista, sino todo jurista que describa el derecho positivo.

¹¹ H. L. A. Hart es en la actualidad el jurista más representativo de esta tradición antiesencialista. Sus ensayos «Bentham and the Demystification of Law» (en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, cit., pp. 21-39. (Reimpresión del artículo aparecido en *Modern Law Review*, vol., 36, 1973, pp. 2-17) y «American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream» (en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1985 (1983), pp. 123-144. (Reimpresión del artículo aparecido en *Georgia Law Review*, vol. II, núm. 5 septiembre, 1977, pp. 969-989) muestran cómo conscientemente compartía la tesis benthamiana.

¹² Bentham, Jeremy. *On Laws in General...* Véase, también Hart, H.L.A. «Definition and Theory in Jurisprudence», cit., pp....

¹³ En realidad quería aludir a la «navaja de Occam» y dotar a Bentham con el mismo instrumento, pero me equivoqué. Como la tijera es un instrumento igualmente punzocortante, y lo repetí tantas veces, así lo dejé.

Para la teoría jurídica¹⁴, la explicación del dualismo %derecho-moral& puede consistir en definir apropiadamente los usos de las palabras %derecho&y %moral&(y sus equivalentes). Los juristas estarían de acuerdo a aceptar que %derecho&y %moral& nombran un conjunto de «normas», (i.e. mandatos, instrucciones, reglas o directivas) dirigidas a los individuos para que estos hagan u omitan.

El conocimiento de los usos del lenguaje constituye un filtro que imita la aceptabilidad de las teorías. El estudio del uso de las palabras delimita las funciones que realizan dichas normas y la forma en que actúan un tipo especial de instituciones sociales (i.e. las instancias creadoras y aplicadoras del derecho).

La idea de que el derecho constituya un orden, presupone la concepción de que sus elementos (normas o disposiciones) son creadas por ciertas instancias apropiadas reconocidas como las instancias creadoras del derecho¹⁵ y que son, por lo general eficaces¹⁶, esto es, que son, mayormente seguidas y obedecidas.

El orden jurídico se presenta con una triple pretensión es comprensivo, supremo y exclusivo y, por último, abierto. Comprensivo, porque pretende autoridad para regular cualquier tipo de comportamiento. Los órdenes jurídicos difieren de cualquier otro orden social en que no reconocen ninguna limitación: físicamente posible a las esferas que pretenden regular. El orden jurídico es supremo en el sentido de que, por un lado, la fuente de validez de sus normas o disposiciones no proviene ni deriva de ningún otro sistema social; por otro lado, es exclusivo porque ahí donde vale un orden jurídico no puede valer ningún otro. Por último, la apertura del sistema jurídico reside en que posee instancias apropiadas para convertir en disposiciones jurídicamente obligatorias reglas que no eran parte de él.

El derecho es (un sistema) normativo en dos sentidos: (1) se compone de normas o requerimientos de conducta formulables lingüísticamente; (2) prescribe (guía) y evalúa conducta humana. A este respecto debe destacar que en la actualidad se insiste en que los componentes de los órdenes jurídicos, al lado de normas de diverso tipo (normas que obligan o prohíben, normas que permiten, autorizan o facultan), se encuentran disposiciones jurídicas no normativas, i. e. definiciones, disposiciones derogatorias, reglas existenciales o

¹⁴ Véase, por ejemplo, el tratamiento de John Austin a esta cuestión en *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970 (reimpresión de la edición de Duman, Londres, 1861). Para una explicación detallada de la jurisprudencia analítica y sus métodos, véase: Williams, G. «The Controversy Concerning the Word %Law&» en Laslett, P. (Ed.), *Philosophy, Politics and Society, 1st. Series*, Oxford..., 1967 y Wohlheim, R. «The Nature of Law», en *Political Studies...*, 1954, pp. 128 y ss.

¹⁵ V. R. Tamayo y Salmorán. «Fuentes del derecho», en Diccionario jurídico mexicano, cit., t. II, pp. 1478-1480.

¹⁶ V. Schmill, Ulises. «Validez del derecho», en Diccionario jurídico mexicano, cit., t. IV, pp. 3214-3216.

reglas ónticas, etcétera¹⁷. Como quiera que sea, de forma prácticamente unánime, se sostiene que el derecho es un orden de la conducta humana en la medida que se compone de normas.

El derecho es un sistema normativo institucionalizado en el sentido que es creado y aplicado por instituciones sociales de cierto tipo (parlamentos, tribunales, árbitros). Esto ciertamente lo distingue de otros sistemas normativos que no cuentan con instituciones sociales permanentes claramente identificadas como «órganos» del sistema. Estos órganos permiten prever y posibilitar la solución de controversias, pero de una manera característica del derecho: cancelando la controversia. La controversia una vez decidida no vuelve a fallarse, simplemente es *res iudicata*.

Ciertamente estos rasgos hacen diferente al derecho de cualquier sistema normativo no institucionalizado, pero eso no es razón suficiente para hacerlo inconmensurable. T1 (la «tijera de Bentham») no sólo presupone que se puede determinar qué cosa es el derecho sin recurrir a argumentos morales. La tesis es más fuerte: afirma que moral y derecho son sistemas normativos inconmensurables.

4. Normas y razones

Tenemos razones para actuar. Algunas de esas razones son normas.

La moral, al igual que el derecho, se presenta, en forma de performativos (directivos) que denominamos «normas» o «reglas». Moral y derecho son dos diferentes respuestas a la pregunta «¿qué hacer?». Estas normas (reglas o instrucciones) son razones para la acción, razones hechas para resolver predicamentos prácticos.

La distinción entre razones para la acción y razones para creer puede ser suficiente para distinguir a las normas de otras razones.

En principio, las razones son siempre *prima facie*: pueden ser vencidas o superadas por otras razones. Sólo las razones *prima facie* compiten. Las razones que compiten son razones conmensurables. Las normas morales son razones *prima facie* y ordinarias y compiten sólo con razones (competitivas) ordinarias. Las razones ordinarias son razones para la acción o contra de la acción.

Las normas jurídicas son razones, pero son inconmensurables con las razones morales. Las razones jurídicas no son razones ordinarias; son razones de segundo orden y sólo compiten con razones jurídicas. Las razones de segundo

¹⁷ C. Alchourrón y E. Bulygin. *Introducción a las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974; A. Honoré. «Real Laws», en Hacker, P. M. S. y J. Raz, (Ed.), *Law, Morality and Society, Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977; J. Raz, *op. cit.*; G. Robles. *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del derecho*, Palma de Mallorca, Facultat de Dret, 1984 (Apéndice II: La filosofía del derecho como análisis del lenguaje de los juristas).

orden son razones que señalan las razones por las que se debe actuar o no actuar (seleccionan o excluyen razones). Las razones jurídicas ciertamente son razones para la acción, pero excluyen a las demás razones (no jurídicas).

La decisión de un juez no es una razón más para que el afectado considere qué hacer (sumando a su consideración la decisión del juez). No, para él, para el juez, y para cualquier espectador la decisión del juez se entiende: *«Haz lo que te digo, con independencia de cualquier razón en contra que pudieras tener»*¹⁸.

No nos podemos detener en este problema pero es muy claro observar que la decisión de un juez, que ordena que cierto individuo realice cierta conducta, no es una razón más que entra al debate de las razones. El destinatario de esta decisión (una sentencia condenatoria) ciertamente no piensa que esta decisión sea una razón más, otra más, que vaya a introducir en el debate de razones. El destinatario no dirá: «gracias señor juez, es usted muy amable, tomaré muy en cuenta lo que me ha dicho y lo ponderaré cuidadosamente». Sin duda nadie piensa así. Todo el mundo entiende que esta razón no es para ser ponderada. Esta razón establece «paga con independencia de cualquier razón que tuvieras en contra» (si la tienes es inoponible, inconmensurable: no vale).

Son razones que, en principio, una vez establecidas, cancelan las razones por las cuales fueron creadas; una vez establecidas por la instancia reconocida (la autoridad), éstas se independizan de aquéllas. Son razones ejecutivas, no entran al debate. Existe una instancia social (el «Legislador») que decide si las razones ordinarias se remplazan por una norma válida (*i.e.* por una *authoritative directive*).

Las respuestas a cualquier predicamento son razones para actuar o para dejar de actuar, esto es, son razones para la acción o para la omisión. Cada respuesta a este predicamento es una razón más que se suma al debate de razones, las razones que inclinen la balanza serán las razones que determinen el curso de la acción.

Las normas jurídicas se distinguen de otras razones. Lo que distingue a una norma jurídica (válida) de otras razones es, por un lado, la instancia (o institución) que la emite y su especial *status* perentorio. Uno se siente tentado a decir que las normas se agotan en su validez. Este carácter institucional y perentorio, con frecuencia, lleva a decir que cuando un individuo las sigue u obedece, este individuo renuncia a su propio juicio *vis à vis* de la instancia que las emite, es decir, que al aceptar las normas niega su autonomía moral.

¹⁸ Para una detallada explicación de las normas como razones jurídicas, véase: Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*, Londres, Princeton University Press, 1990. Existe versión española de Juan Ruiz Manero: *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; *Id. The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979. Existe versión española mía: *La autoridad del derecho, Ensayos de derecho y moral*, México, UNAM, 1982.

Algunos ven en estos supuestos la prueba de que la aceptación es moralmente errónea o inconsistente con el *status* de un individuo como agente moral. (Sin embargo, sostengo la tesis de que el sometimiento a normas válidas no sólo puede ser correcto sino ser un acto absolutamente racional).

Sólo me interesan las razones que *valen*. Siguiendo a Hart las llamaré *directiva* o *norma jurídica válida* (*authoritative directive*)¹⁹.

Permítaseme señalar un par de características de las directivas o normas válidas:

(1) Todas las normas válidas son razones para que los destinatarios actúen.

(2) Cuando una norma requiera la realización de una acción excluirá las razones que serían relevantes para la acción en las circunstancias cubiertas por la norma y tomará el lugar de algunas de ellas²⁰.

5. El problema de la moralidad del derecho

Como señalé anteriormente²¹, existe una postura que establece como condición de existencia del derecho que éste sea justo, de ahí que el derecho injusto (donde *injusto* es un predicado moral) no sería derecho. Esta postura, además de ser históricamente (empíricamente), falsa es harto problemática (por decir lo menos).

Si el derecho es justo, entonces, como patrón de conducta justa, se incorpora a la moral, el derecho justo es un patrón moralmente correcto y, como tal, parte de las reglas de conducción moral. De esta forma, surge un grave problema de autorreferencia.

El derecho justo es un patrón moral y pertenece, por tanto, a la moral. Si esto es así, resulta que la moral, de forma autorreferente, se califica de moral o de inmoral, lo que es un sin sentido. Pensemos en un fácil ejemplo: uno puede aplicar el color amarillo a un objeto (una pared, un piso) y hacerlo amarillo y predicar de él que es amarillo. Sin embargo, al amarillo (al color amarillo) es complicado pintarlo de amarillo (por lo menos sería superfluo o no tendría razón de ser). Este problema de autorreferencia revela que, ciertamente, se pueden hacer predicados morales sobre el derecho, pero para ello necesitamos que derecho y moral sean dos cosas diferentes. Tanto como lo son la pared, el piso y el color amarillo. La moral para ese efecto tiene que ser en factor externo al derecho.

Pensemos en un sencillo ejemplo histórico. Creo que se pueden dar buenos argumentos (buenas razones) para sostener que el derecho babilónico

¹⁹ Véase Hart, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

²⁰ Véase, Raz, Joseph. Segundo ensayo p. 18.

²¹ *Vid. supra* nota...

de la época de Nabucodonosor fue cruel, perverso, en suma: fundamentalmente malo, un error moral. No tenemos problemas para hacerlo; sin embargo, para que esto sea posible es condición necesaria contar con criterios claros que nos permitan identificar y determinar la existencia del derecho babilónico de la época de Nabucodonosor. Para poder predicar moralmente sobre el derecho, por ejemplo, si quiere establecer que un derecho es justo o injusto necesito, primeramente contar con el derecho sobre el cual me voy a pronunciar, esto es inescapable. No puedo predicar del derecho si no dispongo de criterios que me permitan identificar el derecho y determinar su existencia.

II. DOGMÁTICA Y JUSTIFICACIÓN DE «CONSECUENCIAS»

1. Planteamiento

Señalé que la argumentación dogmática es una argumentación moral o funciona como una argumentación moral, como una teoría moral.

En ello incluyo no sólo a la dogmática jurídica cuyo paradigma es la *interpretatio prudentium*, sino considero, también, a la teoría de la decisión judicial (*adjudication theory*), propia de la tradición del *Common Law*, como una teoría moral o que funciona como una teoría moral.

La afirmación de que la dogmática funciona como una teoría moral no debiera sorprender, quien se encuentra familiarizado con los trabajos recientes sobre argumentación jurídica podrá fácilmente apreciar que la dogmática jurídica (*sententia ferenda*) funciona como moral crítica o como moral sistemática. El jurista dogmático usa el material aportado por la dogmática para justificar sus propuestas. A veces funciona como utilitarista, maximizando el bienestar de todos; otras ocasiones es consecuencialista, procurando que los resultados sean consistentes con las premisas; etcétera.

2. El debate en contradictorio

El quehacer del jurista conduce a presuponer dos cosas:

- (1) El derecho tiene que ver con aquellas razones que son apropiadas (correctas) para que los tribunales fundamenten en ellas la justificación sus decisiones, y
- (2) Esta tesis presupone la idea de que el derecho contiene mecanismos para resolver y *clausurar* controversias (litigios)²².

La mayoría de los juristas, por educación y profesión, adoptan naturalmente este doble presupuesto. La actividad de los juristas está dominada por el litigio ante los tribunales. Ciertamente, también redactan documentos, celebran

²² *Vid.*: Watson, Alan.

negocios jurídicos, asesoran clientes, etcétera, pero siempre bajo la imagen de un debate en contradictorio.

Desde este punto de vista, el derecho consiste, realmente, en un conjunto de razones para que los tribunales fundamenten sus decisiones²³.

La teoría jurídica contemporánea concede creciente importancia a la función de los juristas (argumentación jurídica) y a la operación de las instituciones aplicadoras del derecho, las cuales, a diferencia de las instituciones creadoras, son consideradas las únicas indispensables en la formulación del criterio de identidad de un orden jurídico. En este orden de ideas el profesor J. Salmond decía desde comienzo del siglo: «...todo derecho, como quiera que sea hecho, es reconocido y administrado por los tribunales y no hay norma reconocida o administrada por los tribunales que no sea jurídica... por tanto el derecho puede ser definido como el conjunto... de normas reconocidas y aplicadas por los tribunales»²⁴. Teniendo en consideración que el criterio del origen es insuficiente el profesor H. Kantorowicz define el derecho como «el conjunto de normas... susceptibles de aplicación judicial»²⁵. «Es por ello que se considera a los tribunales como órganos primarios del orden jurídico o de que el único rasgo característico y necesario del derecho es la disponibilidad de un proceso (jurisdiccional)...»²⁶.

3. Normas y «derivación» de normas

Voy a señalar tres tesis con claras implicaciones con respecto a la relación entre derecho y moral, las cuales se pueden brevemente formular como sigue:

- (1) Todo derecho es establecido por una fuente, *i.e.* instancia creadora del derecho.
- (2) Todo derecho es establecido por una fuente o se deriva de este.
- (3) El derecho consiste de derecho establecido por una fuente conjuntamente con la justificación correcta (~~moralmente correcta~~) del derecho establecido por una fuente.

Un derecho es establecido por fuentes si su existencia y contenido puede ser identificado por referencia únicamente a hechos sociales, sin recurrir a ningún argumento moral.

Las tres tesis dan al derecho establecido por fuentes un papel especial en la identificación del derecho. Pero mientras la primera es pasmosamente austera. Las otras dos permiten que el derecho sea «adicionado» con «consecuencia»

²³ Mis generalizaciones sociológicas deben ser consideradas como crudas aproximaciones.

²⁴ J. Salmond, *op. cit.*

²⁵ H. Kantorowicz, *op. cit.*

²⁶ A. Watson, *The Nature of Law*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 1977.

obtenidas en diferentes formas. De hecho, (2), en su versión fuerte, afirma que todo sistema jurídico incluye necesariamente normas adicionales. Me interesa subrayar que las dos últimas tesis corresponden a dos diferentes ideas sobre el funcionamiento la dogmática jurídica.

La jurisprudencia dogmática cuando propone respuestas a casos difíciles (y fáciles) es una moral sistemática o una moral crítica. Contiene una miscelánea de reglas. Algunas, como en el utilitarismo clásico, limitan los daños, otras, como en el liberalismo, aseguran la autonomía de las personas; otras más, son consecuencialistas.

Esta moral, en principio, se limita a la solución de «controversias».

La moral a la que aludo no es una moral axiológica, no me interesa saber qué cosa es «lo bueno», no pienso en una prédica de las virtudes, sino en una moral normativa; la moral que me dice qué debo hacer.

La jurisprudencia dogmática, además de solucionar *hard cases*, funciona como una moral crítica especializada. En efecto, permite considerar situaciones que ocurren en razón de muy complejas instituciones jurídicas.

Los juristas, *quae* juristas, tienen la creencia de que recurren a la moral (conjunto de normas o argumentos que posiblemente ignoran). Piensan que cuando resuelven *hard cases* recurren a una moralidad racional (sea moral positiva o *common sense morality*). En realidad sólo aplican los cánones escritos o no escritos de la milenaria profesión jurídica, como la recibió Irnerio en Bolonia y como la legó a nosotros.

La dogmática jurídica incluye el conjunto de los cánones escritos o no escritos que gobiernan la profesión jurídica. Estas reglas llamadas hermenéuticas o de interpretación constituyen una moral sistemática. Pero los juristas creen que al hacer uso de ellas recurren a la moral que, consideran, se encuentra por encima o por fuera de su actividad profesional.

El agente moral de la dogmática, el paradigma del *homo iuris*, es el *bonus pater familias*. Este agente moral es portador de dignidades las cuales compendian las reglas de la *bona fides*.

Las directivas claramente se distinguen en dos tipos. Las reglas sociales que se convierten en normas jurídicas y las reglas sociales que no se convierten en derecho. Las normas sociales que no se convierten en derecho son razones para la acción, razones de primer orden, razones ordinarias. Las normas sociales que se convierten en derecho dejan de ser razones ordinarias.

La dogmática contiene un repertorio de reglas o metarreglas que limitan daños, promueven objetivos, etcétera. Pero estas reglas valen en un sentido deontológico: Las reglas de la dogmática son válidas aún cuando su aplicación no promueva los objetivos o no disminuya los daños en todos los casos.

Las normas median entre los individuos y las razones que se aplicarían a la acción. Varias son las ventajas de este procedimiento. Primeramente se conocen; segundo, impiden que los individuos tengan que descender hasta los últimos fundamentos.

Las normas funcionan como razones para la acción, pero como razones sustitutivas de razones, razones *ex autoritatis*, que reemplazan a las razones que se aplicarían al caso, razones que por ello las excluyen. Esta exclusión permite reconocer el funcionamiento de las normas jurídicas.

Pero ¿cómo guía el derecho la conducta? Mediante el establecimiento de normas y disposiciones el derecho introduce las razones (jurídicas) en virtud de las cuales el individuo ha de comportarse. Cuando el orden jurídico impone deberes (mandatos o prohibiciones) pretende que éste, o mejor la disposición jurídica que lo impone, sea la única razón que determine la acción. Los deberes son requerimientos que excluyen las demás razones: exigen que la gente se comporte pasando por alto las razones (no jurídicas) que pudiera tener en contra de la acción requerida. De esta forma, el derecho guía el comportamiento reduciendo las opciones del individuo²⁷, esto es, haciendo que la conducta optativa se vuelva obligatoria en algún sentido²⁸.

Esta no es la única forma en que se manifiesta la normatividad del derecho. El derecho también guía la conducta confiriendo ventajas prácticas a los individuos, esto es, otorgándoles permisiones específicas. Las dos variantes de las permisiones son las ventajas prácticas, conocidas como %derechos&(subjetivos) y %facultades&. El mismo orden jurídico determina en qué consiste «tener» un derecho o una facultad vinculando consecuencias jurídicas a su ejercicio (o a su omisión). Es precisamente en virtud de estas consecuencias por las que el individuo decide qué hacer. Los individuos (titulares de derechos o facultades) decidirán qué hacer (por ejemplo: celebrar un contrato) sobre la base de tales consecuencias (traslado de dominio, cancelación de un gravamen, etcétera).

De lo anterior se sigue que el derecho es un orden normativo en el sentido de que establece razones para que los individuos actúen. El derecho guía el comportamiento estableciendo razones excluyentes. Las disposiciones jurídicas que guían el comportamiento de cualquiera de estas dos maneras, son normas.

Es importante subrayar que las normas jurídicas además de prescribir, directamente la conducta de los destinatarios, guían indirectamente la acción de los órganos aplicadores del derecho los cuales deciden (y justifican sus decisiones) haciendo uso del derecho aplicable al caso (*i.e.* a una controversia).

4. Conclusión

El hecho de que la jurisprudencia dogmática sea un conjunto de reglas de justificación da a la palabra derecho parte de su bagaje emotivo. Sin embargo este peso emotivo que tiene la expresión %derecho& descansa en antiguas y

²⁷ J. Raz, *op. cit.*, R. Tamayo y Salmorán. *El derecho y la ciencia del derecho. (Introducción a la ciencia jurídica)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.

²⁸ H. L. A. Hart. *op. cit.*

persistentes ideas, profundamente arraigadas en el mundo occidental desde tiempos clásicos. Desde entonces su simple evocación produce una reacción favorable, no sólo cabalística o misteriosa sino de aprobación moral. Para todo griego, **dikaion** (‘derecho’) transmite una impresión de mérito moral, de tal manera que se puede decir que el campo que cubre **dikaion** es coextensivo con el que cubre el valor moral implicado. De ahí que resultara verdaderamente difícil sostener que el derecho (**dikaion**), sus normas (**nomoi**) o sus pronunciamientos (**dikai**), pudieran ser concebidos como meros intereses, conveniencias o caprichos. Para los hombres de los tiempos clásicos **nomos** nombra algo que es creado, practicado o mantenido como correcto, como justo²⁹.

Los usos de ‘derecho’ y las raíces y significado de sus antecesores (*directum, ius, dikaion*), muestran que el derecho o mejor la función del derecho no es sino el establecimiento de aquellas fórmulas que, por su peso, fuerza u origen (rito, ceremonial) indican lo que debe hacerse. El papel del magistrado no es sino el mostrar la medida que se impone. El derecho es una cosa a mostrarse, a decirse, a pronunciarse, como se aprecia en las expresiones *dikaspólos, iudex, meddix*. *Dikaspólos* (el juez) es aquel que cuida las *dikai* (las fórmulas del derecho, las sentencias pronunciadas). Es función del derecho corregir la demasía, el *iniustus*: cuando se requiere someter a una perturbación, aparece *Díke*, la justicia, en forma de *dikai* (sentencias).

Se aprecia, así, uno de los grandes cambios sobrevenidos en las lenguas y en diversas instituciones de las culturas indoeuropeas. Cuando el derecho, superando su aparato técnico, se constituye en una noción moral, cuando *díke* proporciona el adjetivo *dikaíos*, cuando *ius* es *iustus*, el derecho desemboca en la noción de justicia³⁰, la cual comprende la misma idea del derecho. No es pues extraño oír a Celso decir: «*ius est ars bonum et aequum*»³¹.

Esto no es sólo un dogma o un mito sino una idea fuerza una «idea regulativa» de la vida social: se requiere que el mismo derecho se renueve y termine identificándose con lo que es justo. Sin embargo esta carga emotiva necesitó de la presencia de la dogmática como teoría de la justificación de las decisiones jurídicas. Es a través de la jurisprudencia que las nociones de derecho y justicia se acercaron. Es en razón de esta conjunción, que la designación misma del derecho se transforma y *ius* es sustituido en las lenguas romances por *directum* (v. gr. *directum*). *Directum* es «derecho recto», «justo»; opuesto a lo «perverso». *Directum* substituye a *ius* pero toma de él, al igual que *Recht* en germánico³², toda su carga emotiva y valorativa.

²⁹ W. K. C. Guthrie. *History of Greek Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969; W.W. Jaeger. *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1979.

³⁰ E. Benveniste, *op. cit.*

³¹ (el derecho es el arte de lo bueno y lo equilibrado. D. 1, 1, 1).

³² E. Benveniste, *op. cit.*

Como he señalado la idea del derecho (la cual corresponde ampliamente con la opinión común) connota y supone una cierta identificación o conexión con ciertos valores o fines que se consideran inherentes al mismo. Esta idea se encuentra tan arraigada que mucho de la «fuerza» y respeto que el derecho evoca deriva de esta identificación. Al dejar de caracterizar como derecho ciertas disposiciones consideradas «injustas» o «inícuas», los individuos se sienten en mayor libertad de ignorarlas e, inclusive, violarlas. Cuando, por ejemplo, se estima que una disposición constitucional es una mera convención, su «obligatoriedad» decrece. De esta forma, resulta que aplicar el término derecho (en el sentido aquí aludido) puede no ser una cuestión jurídica, pero puede tener efectos prácticos muy importantes en cuanto al reconocimiento y a la eficacia de ciertas normas jurídicas y del derecho en general.

Estrechamente vinculado con esta idea se encuentra la concepción de que el derecho (y sobre esto basan su autoridad y prestigio) es un conjunto de principios y normas conformes con la «razón» o con la naturaleza (con la «naturaleza de las cosas», con la naturaleza del hombre). Esta idea ha constituido el *leitmotiv* de las doctrinas del derecho natural desde los tiempos clásicos hasta nuestros días. La idea central es de que existen ciertos principios jurídicos (o morales) indisputables o inmediatamente evidentes, objetivamente válidos, que se encuentran por encima de cualquier derecho positivo (histórico, nacional o internacional), principios a los cuales, según la tesis débil de la doctrina, el derecho positivo debe conformarse para ser un derecho justo, correcto, moralmente justificable o legítimo; o bien, principios a los cuales, según la tesis fuerte de la doctrina, los requerimientos de conducta deben conformarse para ser derecho.